

从实体到程序:最惠国待遇适用范围之争

徐 崇 利

(厦门大学法学院教授、博士生导师 福建 厦门 361005)

摘要:有关外资最惠国待遇适用范围的争议是当今国际投资争端解决实践中备受关注的议题之一,其焦点在于最惠国待遇标准能否扩张适用于投资争端解决的程序事项。然而,将最惠国待遇扩张适用于国际投资争端解决程序事项不仅会带来最惠国待遇是否启动的不确定性而且会出现投资者“选购条约”的结果,因此,除非缔约双方有明确的约定,否则,最惠国待遇不应适用于争端解决程序。在争端解决机制的适用上,我国对外缔结的一些双边投资条约存在着“放权过快,弃权过多”的现象,从而使得最惠国待遇的适用具有不确定性,可能对我国造成极为不利的后果。鉴此,我国应就最惠国待遇增设争端解决程序例外,或考虑采用此类条款的“效力不溯及既往原则”。

关键词:最惠国待遇 国际投资条约 争端解决程序 国际仲裁

国际投资法中的最惠国待遇是指东道国对外国投资者实行的待遇不低于其已给予或将给予第三国投资者的待遇。规定最惠国待遇的条约通常被称为“基础条约”,而作为实施最惠国待遇参照标准的条约则名为“第三方条约”。在国际投资法律关系中,最惠国待遇具有“多边化”效应,一旦一国给予另一国投资者以更高的待遇,那么与该一国订有最惠国待遇条款的其他所有第三方国家投资者均将有权获得这样的更高待遇。可见,规定最惠国待遇的本意是为在东道国投资的各外国投资者之间创造平等竞争的法律机会。因此,此类待遇标准被尊奉为国际投资法律关系的基石。目前,在世界各国签订的国际投资条约中,绝大多数都规定了最惠国待遇。与贸易领域不同,以往在投资领域,极少有关最惠国待遇的争端发生。然而时至晚近,有关最惠国待遇适用范围的争议开始出现,并已成为当今国际投资争端解决实践中最受关注的议题之一,其焦点在于该待遇标准能否扩张适用于投资争端解决的程序事项。

一、最惠国待遇扩张适用于程序事项之争议:典型案例

对最惠国待遇扩张适用于争端解决程序事项的问题,晚近的国际投资仲裁实践出现了两种截然不同的主张。

(一)赞成最惠国待遇涵盖程序事项的典型案例:“Maffezini v. Spain”案

“Maffezini v. Spain”案(以下简称“Maffezini案”)是第一个详细涉及国际投资条约中最惠国待遇条款能否适用于争端解决程序事项的国际仲裁案。在该案中,阿根廷投资者Maffezini在西班牙投资建立了一个化工厂,后与当地政府产生争议。根据1991年《西班牙与阿根廷双边投资条约》(以下简称《西阿条约》)第10条的规定,Maffezini必须先向西班牙法院寻求司法救济,如经过18个月,仍未获得判决的,才

基金项目:教育部“新世纪优秀人才支持计划”资助项目(NCET-04-0592)

能向世界银行集团所属的“解决投资争端国际中心”(ICSID)提起仲裁。然而,1991 年《西班牙与智利双边投资条约》(以下简称《西智条约》)第 10 条却只要求先进行 6 个月的磋商,然后缔约一方投资者即可将缔约另一方政府诉诸 ICSID。就此,Maffezini 要求援用《西阿条约》第 4 条第 2 款的最惠国待遇条款,获得《西智条约》第 10 条规定的待遇,即无需先向西班牙法院起诉,而直接向 ICSID 提起仲裁。2000 年 ICSID 仲裁庭对该案的管辖权问题作出裁决,支持 Maffezini 就争端解决程序事项享有最惠国待遇。该案裁决指出:“尽管事实上基础条约……没有明确表明争端解决在最惠国条款的适用范围之内,但是……现今,争端解决安排与对外国投资者的保护之间,有解不开的关联……如果第三方条约中包含的争端解决条款对外国投资者权益的保护,比基础条约的规定更为有利,那么,此类条款的适用可及于最惠国条款的受益者。”

然而,与此同时,该案仲裁庭也提出了对最惠国待遇适用于投资争端解决程序的一项重要限制,即不能无视“公共政策的考虑”,并列出了以下四种具体情形:(1)不能排除“用尽当地救济原则”,即如果基础条约要求外国投资者诉诸该条约中的争端解决机制之前,必须用尽东道国国内司法或其他救济的,该外国投资者就不能援用最惠国待遇条款,以第三方条约没有这样的限定为由,排除基础条约中“用尽当地救济原则”的适用,因为该项限定条件反映了国际法的基本规则。(2)不能损害“岔路口条款”的适用,即如果基础条约规定,当有多种争端解决途径可供选择时,外国投资者一旦选择了其中的一种,就不能再选择另一种,那么,该外国投资者就不能援用最惠国待遇条款,以第三方条约没有这样的限定为由,排除基础条约中“岔路口条款”的适用。(3)不能取代对一个特定仲裁机构的约定,即如果基础条约已明确设定解决国际投资争端的特定仲裁机构(如 ICSID),那么缔约方就不能援用最惠国待遇条款,以第三方条约中的其他争端解决方式取而代之。(4)不能排除对一个具有详细程序规则、高度组织化的仲裁机制(如《北美自由贸易协定》的仲裁机制以及类似安排)的选择,即如果基础条约规定了这样的仲裁机制,那就不能援用最惠国待遇条款,以第三方条约中的其他争端解决方式予以推翻。显然,规定这些高度组织化仲裁机制的极为特定之条款反映了缔约双方的确切意图。除上述四种情形外,该案仲裁裁决还指出:“无疑,缔约双方或各仲裁庭可确定限制该条款适用的其他公共政策的因素。”

自“Maffezini 案”裁决作出后,又有“Siemens v. Argentina”案(以下简称“Siemens 案”)、“Camuzzi v. Argentina”案(以下简称“Camuzzi 案”)、“Gas Natural v. Argentina”案(以下简称“Gas Natural 案”)、“Tecmed v. Mexico”案(以下简称“Tecmed 案”)、“Interaguas v. Argentina”案(以下简称“Interaguas 案”)、“Grid v. Argentina”案(以下简称“Grid 案”)、“Vivendi v. Argentina”案(以下简称“Vivendi 案”)等国际仲裁案的裁决支持将最惠国待遇扩大适用于投资争端解决程序事项。

(二)反对最惠国待遇涵盖程序事项的典型案例:“Plama v. Bulgara”案

在“Plama v. Bulgara”案(以下简称“Plama 案”)中,塞浦路斯投资者 Plama 收购了保加利亚的一家炼油公司。Plama 诉称,保加利亚政府故意采取的各种刁难措施构成了对该公司的“间接征收”。就此,Plama 向 ICSID 提起仲裁的依据之一是:1987 年《保加利亚与塞浦路斯双边投资条约》(以下简称《保塞条约》)第 4 条规定,有关征收补偿额的争端只能提交特设仲裁庭仲裁,而且事先必须经过东道国常规的行政和司法救济程序。然而,此前《保加利亚与芬兰双边投资条约》(以下简称《保芬条约》)对提交 ICSID 仲裁的征收争端没有限定范围,且规定的条件相当宽松。于是,Plama 援用《保塞条约》第 3 条规定的最惠国待遇条款,要求享有《保芬条约》中该项关于争端解决程序事项的更优惠待遇。2005 年 ICSID 仲裁庭作出裁决,否定了 Plama 基于最惠国待遇的该项管辖权请求。针对《保塞条约》中的最惠国待遇条款,该案裁决指出:“不能推定缔约各方已经同意,(争端解决)条款能够通过嵌入在完全不同境况下谈判形成的其他条约之争端解决条款,而使其变大。”

“Plama 案”对最惠国待遇适用于投资争端解决的程序事项作出否定裁决的依据有以下两点:一是《保塞条约》第 4 条规定的“用尽当地救济”要求,是两国间特别谈判设定的将争端提交国际仲裁的限制性条件;二是除非缔约双方有明确和不含糊的约定,否则“基础条约”中的争端解决条款不能经由最惠国待遇条款,为第三方条约中的其他争端解决机制所取代。同时,“Plama 案”仲裁庭对“Maffezini 案”的裁决提出

了严厉批评,并认为:将最惠国待遇适用于投资争端解决的程序事项,不仅不会带来不同国际投资条约中争端解决机制的协调,而且会造成外国投资者从各国际投资条约中挑选对自己有利的条款,从而导致“一种实际上不利于协调的混乱情形”的出现;“Maffezini 案”确立的对投资争端解决程序事项适用最惠国待遇的“原则将会以‘不断地被引用’的面目存续着,而对其例外的考虑将沦为被粗略带过的境地,并很快走向被遗忘的命运”。“Plama 案”仲裁庭并非“孤家寡人”,ICSID 在 2006 年对“Telenor v. Hungary”案(以下简称“Telenor 案”)^⑩的裁决中,明确表明“本仲裁庭全心全意地赞同‘Plama 案’仲裁庭提供对原则的分析和陈述”。

二、最惠国待遇扩张适用于程序事项之争议:解释原则

如前述典型案例所示,对于最惠国待遇能否适用于投资争端解决的程序事项,尚存争议。即使是赞成派,对于最惠国待遇适用于投资争端解决程序事项的程度也有分歧。实际上,这反映了对此类条款解释方法的不同解读。

(一)“同类原则”的适用

从国际法律与实践来看,对最惠国待遇条款进行解释应遵循的一个基本原则就是所谓的“同类原则”,即只有在第三方条约与基础条约规定的事项属于同一类别,且该事项本身必须与最惠国待遇相关时,才能援用最惠国待遇条款。^⑪然而,“同类原则”并不能解决最惠国待遇能否适用于投资争端解决程序的问题。这是因为:首先,根据“同类原则”,就投资争端解决程序整体上能否适用最惠国待遇的问题,本身就存在争议。“Maffezini 案”裁决认为,争端解决程序与最惠国待遇本身相关,就此类事项援用最惠国待遇条款“完全符合同类原则”;相反,在 2004 年裁决的“Salini v. Jordan”案(以下简称“Salini 案”)^⑫中,ICSID 仲裁庭却主张,争端解决程序在最惠国待遇的适用对象范围之外,即与该条款不相关,按照“同类原则”,不能依该待遇标准,超越基础条约中的争端解决条款而援用第三方条约在这方面的规定。其次,就投资争端解决程序中的各具体事项能否适用最惠国待遇的问题,依靠抽象的“同类原则”更是无法解决。诸如,如果基础条约没有规定投资争端可提交国际仲裁,而第三方条约有此规定,那么经由最惠国待遇条款,外国投资者能否获得第三方条约规定的提请国际仲裁的权利;如果基础条约没有规定投资者可选择将投资争端提交某一特定的国际仲裁机构(如 ICSID)仲裁,而第三方条约有此规定,那么外国投资者能否通过最惠国待遇条款,援用第三方条约的此项规定,向该特定的国际仲裁机构提请仲裁;如果基础条约规定只有征收的补偿额争端可提交国际仲裁,而第三方条约没有该项限定,那么外国投资者能否依最惠国待遇条款,获得第三方条约的该更优惠规定,就更为广泛的征收问题提请国际仲裁;等等。^⑬

在国际仲裁实践中,即使是赞成派,也通常不认为最惠国待遇适用于投资争端解决的程序事项是绝对的,例外情形始终存在,但对何为例外情形,相关的案例似仍无定见。如前述“Maffezini 案”裁决指出,基于“公共政策的考虑”,有些争端解决程序事项不能援用最惠国待遇标准,并列举了四种具体的例外,但又认为该四种例外没有穷尽所有的情形。2003 年 ICSID 裁决的“Tecmed 案”虽然支持将最惠国待遇的适用范围扩展至争端解决程序事项,但提出了一个新的例外,即那些被认为是“经缔约各方特别谈判达成的中心事项”应具有不可替代性。据此,该案仲裁庭裁定,第三方条约中有关该条约效力溯及既往的规定不能通过最惠国待遇标准予以援用;基础条约中对投资者提起仲裁的时效要求,也不能通过最惠国待遇标准加以排除。在“Telenor 案”中,ICSID 仲裁庭认定,《保加利亚与挪威双边投资条约》将管辖范围限定在征收和战乱损失补偿事项上,是缔约双方特别谈判达成的,不适用最惠国待遇。其理由是:经缔约各方特别谈判达成的争端解决条款,表明了缔约方明示之合意,而对最惠国待遇可适用于争端解决程序的推定,即便成立,充其量也不过是缔约各方非明示之意思表示。主张明示之意思应优先于非明示意思,符合法理。^⑭同时,“Tecmed 案”裁决也认为,“经缔约各方特别谈判达成的中心事项”也是“开口式”的,包括但不限于该案涉及的上述两种例外。比之“Maffezini 案”,2004 年 ICSID 裁决的“Siemens 案”又附加了另一项适用最惠国待遇的例外情形,即对于那些事关“敏感的经济和外交政策”的问题,不能援用该待遇标准。至于哪

些属于“敏感的经济和外交政策”问题,该案裁决未作具体的说明。另一方面,“Siemens 案”仲裁庭原则上反对“Tecmed 案”裁决提出的“经缔约各方特别谈判达成的中心事项”之例外,指出:“最惠国待遇条款的目的是消除经特别谈判达成的条款的影响,除非它们已成为例外情形。”

既然“同类原则”不能解决最惠国待遇能否适用于投资争端解决程序的问题,加之赞成派对该待遇标准之例外情形的设定,至今仍然莫衷一是,以致有的学者提出了“是最惠国待遇适用于争端解决程序之原则重要,还是该原则的各种例外重要”的疑问。^⑥可见,哪些具体的争端解决程序事项可以成为最惠国待遇的适用对象,目前的国际仲裁实践缺乏应有的稳定性、一致性和可预见性。无疑,适用范围多有变数,必然带来最惠国待遇之启动的不确定性。而为了消除这种不确定性,惟有承认仅在缔约双方有明确约定的情形下,最惠国待遇才适用于投资争端解决程序。

(二)“文本分析原则”的适用

1969 年《维也纳条约法公约》第 31 条第 1 款规定:“条约应依其用语按其上下文并参照条约之目的及宗旨所具有之通常意义,善意解释之。”该款规定的条约解释原则之一就是进行“文本分析”,即按约文用语的“通常意义”来解释条约中的具体条款,国际投资条约中的最惠国待遇条款当然也适用该条约解释的一般原则。然而事实上,从现有国际投资条约关于最惠国待遇的各种约文用语中,根本无法找出该待遇应适用于投资争端解决程序的“通常意义”。

其一,国际投资条约规定最惠国待遇条款的适用对象为“投资和与投资有关的活动”或“对其进行具体列举”之情形。在“Siemens 案”中,《阿根廷与德国双边投资条约》(以下简称《阿德条约》)第 3 条第 2 款规定:“缔约任何一方给予缔约另一方国民或公司与在其境内投资有关的活动的待遇,不得低于其给予本国国民或公司或其给予任何第三国国民或公司投资的待遇。”该案仲裁庭认为:“阿根廷与德国间双边投资条约,连同如此之多的其他投资保护条约,有一个显著特征,即特别的争端解决机制一般不对投资者开放。利用这些机制构成本条约所提供保护的一部分。这是对外国投资者和外国投资待遇的一部分,也是通过最惠国待遇条款可获得的有利之处。”据此,该案裁决指出,《阿德条约》上述规定中的“‘待遇’术语和‘与投资有关的活动’之用语,有足够宽泛的含义,将投资争端包括在内”。有些双边投资条约对“与投资有关的活动”作了具体的列举。在 2006 年 ICSID 对“Vivendi 案”有关管辖权的裁决中,《英国与阿根廷双边投资条约》(以下简称《英阿条约》)第 3 条之最惠国待遇条款规定的适用对象是与投资者“管理、维持、使用、享有和处置”其投资有关的事项。该案仲裁庭认为,外国投资者诉诸国际仲裁与上述列举的投资者权利有着“非常密切”的联系,特别是与其中“维持”投资的权利存在着联系,因为该术语包括对投资的保护。据此,仲裁庭裁定,采用此类措辞的最惠国待遇条款适用于投资争端解决程序。在 2006 年更早时裁决的“Grid 案”中,特设仲裁庭适用的也是《英阿条约》中的最惠国待遇条款,其所作的裁决与“Vivendi 案”完全相同。然而,与上述“Vivendi 案”和“Grid 案”的裁决相反,理论界和实务界均有学者、专家主张,如果国际投资条约明确规定最惠国待遇只适用于“与投资的设立、取得、扩大、管理、经营、营运和出售或其他处置有关”的事项,那么这样的列举就已经将争端解决程序排除在外。^⑦

其二,国际投资条约仅规定最惠国待遇条款的适用对象为“投资者的投资及其收益”之情形。在“Tecmed 案”中,涉案的《墨西哥与西班牙双边投资条约》第 8 条第 1 款规定,缔约一方对缔约另一方投资者的“投资”,应实行最惠国待遇。该案裁决并没有因此类最惠国待遇条款的适用对象仅为“投资”,而认为不包括投资争端解决程序在内。在“Salini 案”中,《意大利与约旦双边投资条约》(以下简称《意约条约》)第 3 条也规定,最惠国待遇适用的对象是“投资者的投资及其收益”。但与“Tecmed 案”裁决截然相反的是,“Salini 案”仲裁庭主张:“《意约条约》第 3 条没有包括任何将其适用范围扩展至争端解决的规定。其面对的并不是‘本协定下的所有事项’。此外,申诉方没有提供任何东西可以证明,缔约双方的共同意图是要将最惠国待遇适用于争端解决。”在“Plama 案”中,仲裁庭同样认定,《巴塞条约》第 3 条规定的作为最惠国待遇适用对象的“投资”,不应涵盖争端解决程序。“Telenor 案”仲裁庭也非常明确地指出,按照《维也纳条约法公约》第 31 条第 1 款规定,“在没有表示相反意思的语言和文本的情形下,‘投资得到的待遇应不低于给

予任何第三国投资者投资的待遇’之通常意义是指,对待投资者与投资有关的实体权利不低于东道国与一个第三国间双边投资条约的规定,而没有保证对上述用语的解释也将引入程序权利。规定投资者可从最惠国投资待遇获益是一回事,然而,使用一个双边投资条约中的最惠国条款来规避该同一双边投资条约的某项限制而缔约双方在为最惠国条款选定的语言中又无此意的(一些双边投资条约有此意),乃完全是另一回事”。

其三,国际投资条约规定最惠国待遇条款的适用对象为该条约项下“所有事项”之情形。在“Maffezini 案”中,《西阿条约》第4条第2款规定,最惠国待遇标准适用于该条约下的“所有事项”。该案仲裁庭认为,此处“所有事项”应包括争端解决程序。这一解释得到了2005年裁决的“Gas Natural 案”和“Camuzzi 案”、2006年裁决的“Grid 案”、“Interaguas 案”和“Vivendi 案”的支持。从字面上理解,最惠国待遇条款的适用对象如为国际投资条约下的“所有事项”,似应将争端解决程序纳入其内。然而实际上,即便使用这样的措词,仍不能认定最惠国待遇已绝对地扩及国际投资条约调整的一切事项,就连最早肯定“所有事项”包括争端解决程序的“Maffezini 案”裁决也认为,基于“公共政策考虑”,至少有4种程序事项不适用最惠国待遇。

其四,国际投资条约规定最惠国待遇条款的适用对象为“包含争端解决程序”或“未明确排除争端解决程序”之情形。“Gas Natural 案”仲裁庭极为宽泛地主张,只要缔约各方在最惠国条款中没有作出明确的相反规定,均应视为该条款适用于投资争端解决程序。对此,该案裁决指出:“除非明确地显示,一个双边投资条约的缔约双方国家或一个特别的投资协议的缔结方采用一个不同的争端解决方式,否则,双边投资条约中的最惠国条款应被理解为适用于争端解决。”相反,“Plama 案”仲裁庭严格地认定,除非缔约各方在最惠国待遇条款中有明确的表示,否则,该条款不适用于争端解决程序。该案裁决指出,“Maffezini 案”表明的附有多项例外的原则应被以下仅附有一个例外的不同原则所取代:不能通过基础条约中的最惠国条款援用另一条约规定的全部或部分争端解决条款,除非基础条约中的最惠国条款毫无疑问地表明缔约各方有意这样为之。

如上所述,依据国际投资条约规定最惠国待遇之适用对象时所使用的各种措词,根本无法判明其是否涵摄了争端解决程序,因为国际投资法律实践与理论对这些术语“通常意义”的理解,仍然见仁见智,缺乏共识。换言之,《维也纳条约法公约》第31条第1款规定的“文本分析原则”实际上在此并无用武之地。既然无法按照最惠国待遇条款的约文来断定投资争端解决程序是否涵括在该条款的适用范围之内,那么,此时在没有充分理由推翻先例的情况下,以往对最惠国待遇条款的相关解释应当得到尊重。

最惠国待遇标准的确立,最早可追溯到12世纪的欧洲。随着15-16世纪资本主义贸易的兴起,该待遇标准开始在国际贸易条约中扩张,但正式使用“最惠国待遇”之术语的是在17世纪。^⑧自1778年法国与美国缔结友好通商航海条约之后,一直到20世纪初期,大量的此类条约订入了最惠国待遇条款。因友好通商航海条约的适用对象包括跨国投资者,故此类条约被公认是最早的国际投资条约形式,其中的最惠国待遇也是一项国际投资待遇标准。20世纪50年代以降,为加大对海外投资的法律保护力度,发达国家虽然开始对外推行更为详明的专门国际投资条约,以取代传统的友好通商航海条约,但最惠国待遇标准在这些国际投资条约中仍普遍得到了延续。在1952年国际法院判决的“Ambatielos 案”^⑨中,希腊船东 Ambatielos 依《希腊与英国友好通商航海条约》中的最惠国待遇条款,援用其他条约的规定,起诉英国政府,称其有“拒绝司法”的行为。在该案中,对于最惠国待遇可否适用于“司法正义”的问题,国际法院是将其作为实体问题,而非程序事项加以分析的。然而,直至1997年“Maffezini 案”的提起,这期间从无一个外国投资者诉称国际投资条约中的最惠国待遇应适用于争端解决程序,学界也几无肯定之说。由此可见,主张最惠国待遇可以扩张适用于投资争端解决程序,缺乏应有的历史根据。

(三)“效果分析原则”的适用

对于国际投资条约中最惠国待遇条款能否适用于争端解决程序之难题,在“文本分析原则”失效的情况下,“效果分析原则”可发挥重要作用。在这里,“效果分析”主要包括以下三个方面:

1. 对国际投资条约之目的及宗旨的分析。赞成派通常主张,国际投资条约的目的及宗旨仅在于保护和促进外国投资。立基于此,可将最惠国待遇条款解释为适用于争端解决程序。例如,“Gas Natural 案”裁决指出,“保证有一个独立的国际仲裁是一个重要的也许是最重要的保护投资者的因素”。在此基础上,“Siemens 案”仲裁庭明确主张,对最惠国待遇条款的解释应“受条约在其名称和序言中所表达的目的的指引。这是一个‘保护’和‘促进’投资的条约。其序言规定,缔约双方同意条约中的条款之目的在于为缔约两国中一国国民或公司在另一国境内的投资创造有利的条件……缔约双方的意图是明确的。其为投资创造有利的条件并激励私人的投资积极性”。有的西方学者也同意这种观点,坦陈:“无论如何,事实是,在国际层面,包括程序事项在内的新义务,能由最惠国待遇条款而生,这在现在是,也将继续是完全合法的,因为她准确地体现了此类条款的目的。”^②既然对国际投资条约之目的及宗旨作此等向外国投资者“一边倒”的解释,必然推出其包含的最惠国待遇应扩大适用于争端解决程序的结论。对此,“Telenor 案”裁决指出:“那些倡导对最惠国条款作宽泛解释者,几乎总是从投资者的角度审视问题。”

其实,对国际投资条约目的及宗旨的解释不仅要考虑对外国投资者的保护也要关注东道国经济发展的需要,以寻求二者之间的平衡。^③当前,国际投资争端越来越多地与高度的公共利益密切相关,这就要求必须精心地平衡外国投资者的权利与东道国管理外资的自主权。^④例如,对于 ICSID 公约的目的及宗旨,早在 1964 年,ICSID 执行董事会发表的报告就已明确指出:“尽管公约的宗旨是鼓励更大流量的国际私人投资,但公约的条款是在投资者利益与东道国利益之间保持精心的平衡。”^⑤从国际投资条约规定的争端解决机制之整体来看,拒绝将最惠国待遇扩大适用于争端解决程序,恰恰是外国投资者与东道国之间利益平衡的应有产物。国际投资法律实践与理论普遍认为,只要东道国政府在国际投资条约中承诺将争端提交国际仲裁,就犹如发出“要约”;一旦投资争端发生,外国投资者如提出仲裁申请,即为“承诺”,于是,双方便形成了提交仲裁的合意。^⑥东道国政府的这种“预先的同意”,是对外国投资者的重大让步,使得国际投资争端仲裁变成一种“无需同意的仲裁”。在东道国对外缔结国际投资条约越来越多的情况下,倘若将其中的最惠国待遇适用于争端解决程序,允许外国投资者从众多的第三方条约中选择对自己最有利的条款加以适用,将会置东道国于更为不对称的境地。^⑦对最惠国待遇条款作这样的解释不符合东道国接受此类条款的真实意图,也有失公平。

2. 对争端解决机制之目的及宗旨的分析。“Tecmed 案”裁决指出,基础条约中“经缔约各方特别谈判达成的中心事项”不应作为最惠国待遇的适用对象,因为“应当予以适用的是作为缔约方的两个国家之意图,而不是对一个假定的投资者有利的一些保护投资的抽象原则,该投资者不是双边投资条约的缔约方,甚至在缔约时还不知道其为何方神圣。独立的国际仲裁对投资者的重要性不能否认,然而,依本仲裁庭的观点,其任务是对双边投资条约进行解释,且为此应适用通常的解释规则,而不是通过援用有关投资保护的一般政策考虑,取代经缔约双方特别谈判达成的争端解决机制”。笔者认为,对于经缔约各方特别谈判达成的事项,不应像“Tecmed 案”那样,仅仅将之视为最惠国待遇不能及之例外情形,而是应将其奉为一个原则:就国际投资条约规定的全部争端解决条款,概不适用最惠国待遇。也就是说,各个国际投资条约中的争端解决机制整体上都是经缔约各方特别谈判达成的,不应将之肢解为经特别谈判达成的事项和非经特别谈判达成的事项。就实体权利而言,通过最惠国待遇的作用,以第三方条约中的更优惠规定替代或添加基础条约中的相关规定,一般不会造成这些规定在适用上的不和谐。争端解决程序却不同,其通常具有整体性,倘若允许依最惠国待遇标准将第三方条约中各种支离破碎的更优惠规定引入基础条约项下的争端解决机制,将会破坏该机制在整体上的有效运作。“Maffezini 案”仲裁庭坚称,最惠国待遇适用于争端解决程序,将会给各国际投资条约中的争端解决机制带来和谐。对此,“Plama 案”仲裁庭驳称,“Salin 案”裁决说明了“Maffezini 案”裁决采取的做法所产生的危险,其结果将导致出现混乱的情形——实际上与和谐背道而驰。“Telenor 案”裁决也警示:“宽泛的解释也会同时产生不确定和不稳定——基础双边投资条约中的限制有时会起作用,而有时却被东道国对外签订的一个新的双边投资条约中更宽泛的争端解决机制所取代。”

3. 对最惠国待遇条款本身目的及宗旨的分析。最惠国待遇的目的是保证在缔约一方给予第三国投资者更优惠待遇时,缔约另一方投资者也能得到该更优惠待遇,以保证该缔约一方投资者与第三国投资者之间的公平竞争。对于实体权利,很容易判断哪个国际投资条约的规定对外国投资者待遇更优。例如,基础条约对征收只规定给予部分补偿或没有承诺对外资实行国民待遇,而第三方条约对征收规定了充分补偿标准或承担给予外资以国民待遇。显然,后者对外国投资者的保护力度大于前者。然而,对于各国际投资条约中的争端解决程序,评估何为对外国投资者更优惠待遇,则是一个难题。其答案可能会因个案的不同而出现差异。那么,最终到底是按客观标准,还是按照主观标准加以判断呢?如按主观标准,到底是外国投资者之意愿优先,还是优先尊重东道国政府的意思?这些问题均无定论。^⑤实际上,对各国际投资条约中争端解决程序进行比较的结果,通常不是一个“更优于”另一个的问题,而是一个“不同于”另一个的问题。然而,对于只是存有“不同”的各争端解决程序,不应主张最惠国待遇,否则,将会引起各国际投资条约适用及争端解决程序运用的混乱。具体而言,对各国际投资条约中争端解决程序之间的比较可分为两类:一类是国际投资条约规定的东道国当地救济与国际仲裁之间的比较。西方学者普遍断言:发展中国家法制不健全,司法缺乏独立性,对于外国投资者与东道国政府间投资争端的解决,东道国法院会偏袒本国政府,而国际仲裁是一种中立的争端解决方式,对外国投资者而言,其理所当然优于东道国的当地救济。然而,在国际仲裁实践中,上述理由如出自仲裁员之口,并堂而皇之地写入仲裁裁决,无疑将是对东道国主权的极大冒犯;反之,倘若比较的对象为“司法公正”的发达国家自己,那么仲裁员们又当如何断定当地救济与国际仲裁的优劣呢?或许正是因为有这些难言之隐,在“Maffezini 案”中,仲裁庭只是简单地声称,直接将争端提交国际仲裁比之西班牙有“国内法院 18 个月等待期要求”,是对外国投资者更为优惠的待遇。然而,恰如有的学者指出的那样,该结论是建立在国际仲裁较之东道国法院诉讼更优这样一个先入为主的认知基础之上的。在该案中,仲裁庭并没有仔细地比较西班牙国内诉讼与国际仲裁的优劣,而且许多国际仲裁案都存在此类缺陷,以致将最惠国待遇适用于投资争端解决程序的合法性受到人们的质疑。^⑥另一类是各国际投资条约规定的国际仲裁机制之间的比较。例如,谁也不敢妄断一国际投资条约采用的机构仲裁方式(如 ICSID 仲裁)就比另一国际投资条约约定的特设仲裁方式(如《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》规定的仲裁)对外国投资者更为有利;反之亦然。

无可否认,对于各国际投资条约规定的争端解决机制,也不排除存在某些对外国投资者更为优惠的具体规定。然而,如将最惠国待遇适用于这些争端解决程序事项,从本质上看,绝非外国投资者正当地延伸自己的权利,相反会造成不正当的“选购条约”结果。对此,“Salini 案”仲裁庭表示了强烈的担忧,并指出:“本仲裁庭对来自许多方对‘Maffezini 案’裁决的关注怀有同感。他们担心该案裁决作出者采取的预防措施在实践中难以适用,由此,将为‘选购条约’的风险添加更多的变数。”“Telenor 案”裁决则更为详细地阐明:“正如‘Plama 案’仲裁庭指出的那样,对最惠国条款作宽泛解释的效果是,将使东道国暴露在投资者的选购条约之下,就此,投资者可在无法确定数量的条约中寻得一个足够宽泛的争端解决条款,以管辖在基础条约争端解决条款之外的争端,且甚至将会有这样的问题,投资者可能只选择该更宽争端解决机制中符合其要求的那些要素,而舍弃那些不符合其要求的要素。”就此,笔者认为,为避免出现外国投资者“选购条约”的结果,除非缔约双方有明确的约定,否则不宜将最惠国待遇扩张适用于争端解决程序。

三、最惠国待遇扩张适用于程序事项之争议:防范措施

迄今为止,我国已对外缔结了 110 余个双边投资条约。这些双边投资条约规定的争端解决机制存在着相当程度的差异,主要表现为以下几个方面:

1. 有关“当地救济”的规定不一。有的双边投资条约没有规定磋商的要求,而是径直表明争端可提交国际仲裁,如 1992 年《中华人民共和国政府与哈萨克斯坦共和国政府关于鼓励和相互保护投资协定》;有的规定,争端经双方磋商解决不成的,外国投资者才可提请国际仲裁,并未要求事先应寻求当地救济,如 2005 年《中华人民共和国政府与西班牙王国关于促进和相互保护投资的协定》(以下简称《中西投资协

定》;有的规定,外国投资者在将争端提交国际仲裁之前,可先选择东道国的当地救济,如 1992 年《中华人民共和国政府和大韩民国政府关于鼓励和相互保护投资的协定》(以下简称《中韩投资协定》);有的规定,外国投资者可在东道国行政救济、司法救济和国际仲裁中任择一种或两种方式,如 1993 年《中华人民共和国政府和阿拉伯联合酋长国政府关于促进和保护投资协定》。就“岔路口条款”而言,有的双边投资条约并未对之作出规定,如 1992 年《中华人民共和国政府和阿根廷共和国政府关于促进和保护投资协定》;有的则规定允许将争端交由东道国法院或国际仲裁管辖,但是一旦选择其中的一种,该选择就是终局的,如 2005 年《中华人民共和国政府和葡萄牙共和国政府关于促进和相互保护投资的协定》;然而,有的规定却较为宽松,即如果该外国投资者已将争端提交东道国法院管辖的,则外国投资者可依该东道国的法律撤回其请求,并终局性地将争端提交国际仲裁,如 2005 年《中华人民共和国政府和捷克共和国政府关于促进和保护投资协定》(以下简称《中捷投资协定》);等等。

2. 有关同意仲裁的规定不一。有的双边投资条约规定,争端“可提交”国际仲裁,如 1996 年《中华人民共和国政府和黎巴嫩共和国政府关于鼓励和相互保护投资协定》。从字面上理解,这似乎只是一种“意向型”的同意。有的则采用“应提交”的措词,如 1992 年《中韩投资协定》,应属于“强制型”同意。有的规定“基于双方当事方同意”,作为当事一方的投资者“有权将争端提交”国际仲裁,如 1994 年《中华人民共和国政府和罗马尼亚社会主义共和国政府关于相互促进和保护投资的协定》,显然,此乃“协议型”同意。

3. 有关国际仲裁管辖范围的规定不一。早期的双边投资条约只将涉及征收补偿额的争端提交国际仲裁,如 1988 年《中华人民共和国政府与澳大利亚政府相互鼓励和保护投资协定》;有的则规定,可将征收补偿额的争端提交国际仲裁,但须经“当事双方同意”,提交国际仲裁的可是“与本协定有关的其他问题的争端”(如 1986 年《中华人民共和国政府和瑞士联邦政府关于相互促进和保护投资协定》)或征收补偿额以外“其他事项的争端”(如 1988 年《中华人民共和国和日本国关于鼓励和相互保护投资协定》)。后来,有的双边投资条约规定,就投资产生的“任何争端”(如 2005 年《中华人民共和国政府和葡萄牙共和国政府关于鼓励和相互保护投资协定》)或“任何法律争端”(如 2005 年《中捷投资协定》),均可提交国际仲裁;有的则限定提交国际仲裁的只是“因履行本协定下与投资有关的义务所产生的争端”(如 2003 年《中华人民共和国政府和圭亚那共和国政府关于促进和保护投资协定》);等等。

4. 有关仲裁类型的规定不一。有的双边投资条约规定的是特设仲裁机制,如 1996 年《中华人民共和国政府与毛里求斯共和国政府关于相互促进和保护投资协定》;有的规定了“ICSID 仲裁条款”,如 1996 年《中华人民共和国政府和沙特阿拉伯王国政府关于促进和保护投资协定》;有的采用选择性仲裁机制,选项一般为 ICSID 仲裁机制和依《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》等设立的特设仲裁机制,如 2005 年《中西协定》;有的规定,争端应提交 ICSID 仲裁,除非当事双方同意设立特设仲裁庭,如 2003 年《中华人民共和国和德意志联邦共和国关于促进和相互保护投资的协定》;有的规定,征收补偿额的争端可提交 ICSID 仲裁,其他争端则可通过特设仲裁机制解决,如 1994 年《中华人民共和国政府和智利共和国政府关于鼓励和相互保护投资协定》;个别的只是简单地规定,争端可提交“国际仲裁”,如 1989 年《中华人民共和国政府和巴基斯坦伊斯兰共和国政府关于相互鼓励和保护投资协定》;等等。

在缔约实践中,有的国家明确表示接受最惠国待遇适用于国际投资争端解决程序。例如,《英国双边投资条约范本》第 3 条第 1、2 款首先规定了对外资的国民待遇和最惠国待遇标准,第 3 款接着表明:“为了避免疑义,兹确认上述第 1、2 款应适用于本协定第 1 - 11 条规定。”而该投资条约范本第 8 条正是关于争端解决的规定。英国对外缔结的一些双边投资条约(如 1996 年《英国与阿尔巴尼亚双边投资条约》第 3 条)就采用了上述样板条款。然而,如上所示,我国双边投资条约对争端解决机制的规定差异悬殊,倘若像英国缔约实践一样,承认最惠国待遇条款适用于这些程序事项,将使外国投资者可从多个条约中分别取得各项对自己最有利的规定,从而给我国施加难以承受的重担,也容易造成争端解决机制运用上的混乱。尤其是晚近,在争端解决程序上,我国对外缔结的一些双边投资条约存在着“放权过快,弃权过多”的现象:放弃“当地救济优先权”;接受提交国际仲裁的“强制性同意”;将国际仲裁的管辖范围扩大到所有的争端;等

等。这些贸然自拆“安全阀”之举,^②使得最惠国待遇的适用具有不确定性,可能对我国造成极为不利的后果。近年来,阿根廷政府因在这些程序事项上“弃守防线,洞开门户”,以致在ICSID引来如潮官司,交付了昂贵的“学费”。^③为避免重蹈覆辙,我们应坚决反对将最惠国待遇扩大适用于投资争端解决程序。

当然,日后一旦与外国投资者发生投资争端,我国政府可以上文所论的各种理由极力抗辩。但从当前的国际仲裁实践来看,支持将最惠国待遇不同程度地适用于投资争端程序的案例毕竟占多数,而且这种状况还有扩大的倾向。有的学者认为,现在的国际投资争端仲裁界已经形成一个认知共同体,他们笃信投资自由化和保护投资者之价值取向,忽视东道国正当权益的存在。^④这些仲裁员或许已确立一个根深蒂固的观念:在一般的国际商事仲裁中,当事人双方地位平等,而外国投资者与东道国政府间的投资争端不同,当事双方存在着结构性的不平衡。这些结构性不平衡包括:国际投资仲裁程序的“所有权”掌握在东道国政府手中,即条约的仲裁机制只有经东道国的同意才能订入,且东道国可撤回和进行修改,外国投资者仅有“使用权”而已,即依这些程序提起仲裁的权利;外国投资者尤其是中小公司,在人才、资金、信息等诉讼资源的拥有上,根本无法与东道国政府相匹敌;国际投资争端中,东道国政府往往会滥用权力,阻止本国的有关人员和单位向外国投资者提供对己不利的证据;等等。由此可以推断,外国投资者必为国际投资仲裁程序中的脆弱一方。^⑤于是,这些仲裁员便坦然地主张应通过最惠国待遇的扩大适用,将争端解决程序上的更多优惠待遇给予外国投资者。

对于最惠国待遇的适用对象,我国双边投资条约的规定可大致分为三种类型:一是仅为“投资者及其投资,包括投资收益”,如2006年《中华人民共和国政府和印度共和国政府关于促进和保护投资的协定》第4条第1、2款;二是“投资者的投资及与投资有关活动”,如2006年《中华人民共和国政府和俄罗斯联邦政府关于促进和相互保护投资协定》第3条第3款;三是列举“投资者投资的设立、征收、运营、管理、维持、使用、享有、扩张、出售或投资的其他处置”,如2004年《中华人民共和国政府和芬兰共和国政府关于鼓励和相互保护投资协定》第3条第3款。如前所述,此三种规定都曾被有关国际仲裁案解释为包括投资争端解决程序。为杜绝此类对我国不利情况的出现,我们应在双边投资条约中明确规定,最惠国待遇不适用于争端解决程序。美国的缔约实践已首肯这种做法。2003年《美国自由贸易协定范本》第5条虽然规定了最惠国待遇,但该范本的注释特加说明:“……缔约各方注意到‘Maffezini案’仲裁庭晚近的裁决,该仲裁庭发现阿根廷与西班牙协定中的最惠国条款异乎寻常的广泛,包括了争端解决程序……相反,本协定中的最惠国条款明文将其范围限制在‘与投资的设立、取得、扩大、管理、经营、营运和出售或其他处置有关的’事项。缔约各方的共同理解和意图是,这样的条款不包括国际争端解决机制,如本章第三部分的规定,由此不能顺理成章地得出类似于‘Maffezini案’的结论。”迄今,上述解释已为美国与智利、新加坡等国缔结的自由贸易协定所采纳;2004年《中美洲自由贸易协定草案》对最惠国待遇的规定也完全搬用了该注释。

那么,我国又应如何在双边投资条约中将争端解决程序拒之于最惠国待遇适用范围之外呢?具体而言,我国可在对外缔约实践中明确要求加入排除性条款。例如,目前我国的双边投资条约中列明的最惠国待遇之例外通常有三,即区域一体化例外、避免双重征税例外以及边境小额贸易例外。笔者认为,在此基础上,我国在缔约时应提出添加一项投资争端解决程序例外。如果就该项例外的增设与他国谈判有困难,可考虑采用另一种条款,即规定最惠国待遇条款的适用不溯及既往。例如,2004年《加拿大双边投资条约范本》附件三(最惠国待遇的例外)第1条规定:“第4条之最惠国待遇条款不适用于该条约生效前加拿大对外缔结的双边和多边投资条约所给的待遇。”通过这样的规定,可以筑起一道“隔离墙”,使外国投资者无法通过最惠国待遇条款援用于我国之前对外签订的国际投资条约中各种(包括争端解决方面的)更优惠规定。如前所述,在晚近我国对外缔结的双边投资条约中,存在着对争端解决程序“疏于设防”的情形。然而,只要今后我国在订立新的国际投资条约时注意在争端解决程序方面“留权在手”,最惠国待遇条款的“效力不溯及既往原则”还能发挥“亡羊补牢”之功效。

注释:

See *Maffezini v. Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7.

许多国家认为,“岔路口条款”是国际投资争端解决中反映公共政策的一项重要制度。

See *Siemens v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/8.

See *Camuzzi v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/2.

See *Gas Natural SDG S. A. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/10.

See *Tecnicas Medioambientales Tecmed, S. A. v. Mexico*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2.

See *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S. A. & InterAguas Servicios Integrales del Agua S. A. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/17.

See *National Grid plc v. The Argentine Republic*, Decision On Jurisdiction dated 20 June 2006, ad hoc arbitration under UNCITRAL Rules.

See *Vivendi Universal v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3.

See *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24.

^⑪See *Telenor Mobile Communications A. S. v. Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/04/15.

^⑫See S. Fietta, Most Favoured Nation Treatment and Dispute Resolution under Bilateral Investment Treaties: A Turing Point?, *International Arbitration Law Review*, Vol. 8, Issue 4, August 2005, p. 136; pp. 134 - 135.

^⑬See *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. The Hashemite Kingdom of Jordan*, ICSID Case No. ARB/02/13.

^⑭See E. Gaillard, Establishing Jurisdiction through a Most - Favored - Nation Clause, *New York Law Journal*, Vol. 233, No. 105, 2005, pp. 1 - 2.

^{⑮⑯}See R. Dolzer & T. Myers, After Tecmed: Most - Favored - Nation Clauses in Investment Protection Agreements, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Vol. 19, 2004, p. 54, p. 59.

^{⑰⑱}See R. Teitelbaum, Who 's Afraid of Maffezini? Recent Developments in the Interpretation of Most Favored Clauses, *Journal of International Arbitration*, Vol. 22, No. 3, 2005, p. 227, pp. 225 - 226.

^⑲See OECD, *International Investment Law: A Changing Landscape*, Chapter 4 "Most - Favoured - Nation Treatment Standard in International Investment Law", 2005, p. 143.

^⑳See William W. Bishop, Jr., *Ambatielos case (Jurisdiction)*, *Greece v. United Kingdom*, *The American Journal of International Law*, Vol. 4 (Oct., 1952), pp. 733 - 737.

^㉑See P. Acconci, The Most - Favoured - Nation Treatment and International Law on Foreign Investment, <http://WWW.ila-hq.org/pdf/Foreign%20Investment/ACCONCI%20The%20Most%20Favoured%20Nation.pdf>.

^㉒See O. E. García-Bolivar, The Teleology of International Investment Law: The Role of Purpose in the Interpretation of International Investment Agreements, *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 6, 2005, pp. 751 - 771.

^{㉓㉔}See J. Kurtz, The MFN Standard and Foreign Investment: An Uneasy Fit?, *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 5, 2004, pp. 870 - 871, p. 886; p. 880, p. 886.

^㉕See Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, 1964, Para. 13, <http://WWW.worldbank.org/icsid/basicdoc/partB.htm>.

^㉖See R. Dolzer & M. Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, p. 132.

^㉗See Most - Favored - Nation Treatment, *UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements*, UN Publication, 1999, pp. 31 - 32.

^㉘参见陈安:《中外双边投资协定中的四大“安全阀”不宜贸然拆除——美、加型 BITs 谈判范本关键性“争端解决”条款剖析》,载陈安主编:《国际经济法学刊》第 13 卷第 1 期,北京大学出版社 2006 年版,第 3 - 37 页。

^㉙See R. D. Bishop & R. J. A. Luzi, *Investment Claims - First Lessons from Argentina*, in Weiler ed., *International Investment Law and Arbitration*, Cameron May, 2005, pp. 425 - 469.

^㉚See J. Kurtz, The Delicate Extension of MFN Treatment to Foreign Investors: *Maffezini v. Kingdom of Spain*, in Weiler ed., *International Investment Law and Arbitration*, Cameron May, 2005, pp. 534 - 535.

^㉛See T. W. Wälde, The Present State of Research Carried Out by the English - Speaking Section of the Center for Studies and Research, *New Aspects of International Investment Law (Centre for Studies and Research in International Law and International Relations)*, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, pp. 76 - 91.

责任编辑 何 艳